

# Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU

*Astrid Epiney / Robert Mosters*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

*Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2012/2013, Zürich/Bern 2013, S. 49-76. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

## A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll einen Überblick über die wichtigsten<sup>1</sup> Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit aus dem Jahr 2012 geben.<sup>2</sup> Die wesentlichen Erwägungen des Gerichtshofs (meist mit den wichtigsten Sachverhaltselementen) werden zusammengefasst, in Bezug zur bisherigen Rechtsprechung gesetzt und – soweit angebracht – einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen, die zu weiteren, vertiefenden Betrachtungen einlädt. Darüber hinaus sollen die Implikationen der besprochenen Urteile für die Schweiz skizziert werden, wobei es hier im Wesentlichen um deren Tragweite im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)<sup>3</sup> geht, das in der Schweiz die Rechtsstellung von Unionsbürgern massgeblich bestimmt. Soweit sich nämlich die

<sup>1</sup> Es geht also nicht darum, alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile zu behandeln, so dass keine Vollständigkeit angestrebt wird. Vielmehr sollen nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung im Bereich des Personenverkehrs zentralen und richtungsweisenden Urteile einbezogen werden, wobei diejenigen Urteile, die schwerpunktmässig steuer- und abgabenrechtliche Aspekte betreffen, weitgehend ausgespart werden. Vgl. zu Letzteren den Beitrag von *Xavier Oberson* (in diesem Band).

<sup>2</sup> Der Beitrag knüpft an die Berichte in den Jahrbüchern zum Europarecht 2003, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 und 2011/2012 an. Vgl. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz - EU*, in: Epiney/Fasnacht (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2011/2012, 2012, 51 ff. Die Zusammenfassungen und Bewertungen einiger der im Folgenden besprochenen Urteile des EuGH werden auch in einem Beitrag in der NVwZ 2013 veröffentlicht.

<sup>3</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff. Da die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäische Gemeinschaft getreten ist (Art. 1 Abs. 3 Satz 2 EUV), ist sie seit dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages am 1.12.2009 statt der EG Vertragspartei des FZA.

neuen Urteile des EuGH auf unionsrechtliche Begriffe und Konzepte beziehen, die im FZA aufgegriffen werden (wobei die Beantwortung dieser Frage mitunter sehr komplex sein kann), werden sie häufig auch für die Rechtsentwicklung im Rahmen des FZA relevant sein. Jedenfalls müssen sie aber in der Schweiz zur Kenntnis genommen werden, und ihre Implikationen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens sind zu analysieren.

Thematisch und systematisch ist dabei zwischen den das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20, 21 AEUV) betreffenden Urteilen (B.), solchen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV (C.) sowie denjenigen im Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Art. 49, 56 AEUV (D.) zu unterscheiden.

## **B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 18, 20 und 21 AEUV)**

### **I. Reichweite des Verbots von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV)**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-75/11, *Kommission/Österreich*)**

Einen (weiteren) Fall der diskriminierenden Beschränkung des Zugangs zu staatlichen Leistungen hatte der EuGH in der Rs. C-75/11<sup>4</sup> zu beurteilen. Er erachtete die Beschränkung von Fahrpreismässigungen auf Studierende, deren Eltern österreichische Familienbeihilfen beziehen (während sonstige Studierende keine Ermässigungen erhalten), für mit Art. 18 AEUV i.V.m. Art. 20, 21 AEUV unvereinbar. Der Gerichtshof geht aus von seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach sich jeder Unionsbürger im sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf Art. 18 AEUV berufen kann. Der sachliche Anwendungsbereich sei eröffnet, wenn es um die Ausübung der durch Art. 21 AEUV verliehenen Grundfreiheit gehe. Sodann prüfte der Gerichtshof die Frage, ob Fahrpreismässigungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Verträge im Sinne des Art. 18 AEUV fallen und bejahte dies, da eine solche Ermässigung zumindest mittelbar der Deckung der Unterhaltskosten für das Studium diene und für diese der sachliche Anwendungsbereich des Vertrages bereits in anderen Urteilen bejaht worden sei. Im Übrigen stelle das gewählte Unterscheidungskriterium eine mittelbare Diskriminierung dar, die nicht durch objektive Erwägungen gerechtfertigt werden könne: Zwar könne das Erfordernis des Bestehens eines tatsächlichen Zusammenhangs mit dem Aufnahmemitgliedstaat grundsätzlich einem berechtigten Zweck dienen. Jedoch dürfe hier kein Gesichtspunkt ausschliesslich berücksichtigt werden, der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit der betroffenen Person repräsentativ ist. Im Übrigen dürfe der verlangte Bezug des Antragstellers zu dem jeweiligen Mitgliedstaat nicht einheitlich

---

<sup>4</sup> EuGH, Rs. C-75/11, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 4.10.2012.

für alle Leistungen bestimmt werden, sondern sei anhand der Merkmale der in Frage stehenden Leistung zu ermitteln. Massgeblich seien insbesondere ihre Art und die mit ihr verfolgten Zwecke, wobei letztere nach Massgabe ihrer Ergebnisse und nicht ihrer Struktur oder formalen Einstufung zu prüfen seien. Die Verbundenheit eines Studierenden mit dem betreffenden Mitgliedstaat in Bezug auf eine Fahrpreismässigung lasse sich aber besonders wirksam dadurch belegen, dass der Studierende an einer Hochschule zum Studium eingeschrieben ist.<sup>5</sup>

Das Urteil ist insbesondere in zweierlei Hinsicht interessant:

- Erstens prüft der Gerichtshof nicht nur, ob es sich um einen sich rechtmässig in einem anderen Mitgliedstaat aufhaltenden Unionsbürger handelt, sondern fragt auch danach, ob die in Frage stehende Regelung (*in casu* die Fahrpreismässigung) in den (offenbar sachlichen) Anwendungsbereich der Verträge fällt. Offenbar soll also ein rechtmässiger Aufenthalt allein nicht für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Verträge ausreichen, wobei sich aber auch aus diesem Urteil nicht wirklich erschliesst, unter welchen Voraussetzungen dies zu bejahen sein soll, zumal der Gerichtshof in anderen Urteilen<sup>6</sup> davon abgesehen hat, diese Frage eigens zu prüfen. Denkt man den Ansatz der Rechtsprechung zu Ende, so dürfte aber auch dieses Erfordernis in aller Regel erfüllt sein, denn ein Bezug zum rechtmässigen Aufenthalt müsste jedenfalls ausreichend sein. In Bezug auf zahlreiche Regelungen ist dieser aber gegeben bzw. es ist kaum denkbar, dass er verneint wird, so dass die Anwendbarkeit des Art. 18 AEUV in der Regel nur bei aus anderen Gründen klar nicht in den Anwendungsbereich der Verträge fallenden Konstellationen (wie Wahlen zum nationalen Parlament) zu verneinen sein wird.
- Zweitens schränkt das Urteil den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Wahl derjenigen Kriterien, die eine hinreichende Verbundenheit mit dem Mitgliedstaat – die grundsätzlich eine (materielle) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu rechtfertigen vermag – recht weitgehend ein, indem das Verbundenheitskriterium in Abhängigkeit von der jeweiligen Vergünstigung zu definieren ist. Dabei geht der Gerichtshof offenbar davon aus, dass die geforderte Reichweite der Verbundenheit umso weniger intensiv ausfallen darf, je geringer die Höhe der Vergünstigung ist, was letztlich einen Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darstellt. (Würde ich ersatzlos streichen. Das findet sich m.E. so nicht im Urteil und es scheint mir strukturell auch nicht dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen.)

<sup>5</sup> Im Übrigen verneinte der Gerichtshof die Einschlägigkeit des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38, wonach kein Anspruch auf Studienbeihilfen besteht. Denn diese Bestimmung sei als Ausnahme vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz eng auszulegen, so dass Fahrpreismässigungen keine Studienbeihilfen darstellten, eine Auslegung, die sich auch aus dem Grundsatz der primärrechtskonformen Auslegung ergebe.

<sup>6</sup> So EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, 2009, 53 (56 f.); EuGH, Rs. C-103/08, *Gottwald*, Slg. 2009, I-9117, zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010, 2010, 77, 80 f.

- 62. Es ist jedoch zum einen hervorzuheben, dass der verlangte Nachweis, um das Bestehen eines solchen tatsächlichen Zusammenhangs geltend zu machen, nicht einem Gesichtspunkt unangemessen hohe Bedeutung beimessen darf, der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit des Antragstellers mit dem Mitgliedstaat, in dem er studiert, repräsentativ ist und jeden anderen repräsentativen Gesichtspunkt ausschließt (vgl. in diesem Sinne Urteile D’Hoop, Randnr. 39, und Stewart, Randnr. 95).

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU kommt in einer parallel gelagerten Sachverhaltskonstellation ein Anspruch auf Gleichbehandlung aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA in Betracht. Wie bei Art. 18 AEUV ist bei der Anwendung des Art. 2 FZA darauf abzustellen, ob sich der Anspruchsteller in einer Situation befindet, die durch das Abkommen geregelt ist. Dies ist etwa der Fall, wenn er von einem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht, das ihm auf Grund des Abkommens zusteht.<sup>7</sup> Bei Nichterwerbstätigen kann sich ein derartiger Aufenthaltsanspruch aus Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA ergeben. Da der Zugang zur Berufsausbildung geeignet ist, die Freizügigkeit durch den Erwerb von Qualifikationen, die für eine spätere Erwerbstätigkeit relevant sind, zu fördern, fallen die Voraussetzungen des Zugangs zur Berufsausbildung in den Anwendungsbereich der Verträge und (wegen ihres Zusammenhangs mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit) auch in denjenigen des FZA. Da es sich diesbezüglich um eine vor der Unterzeichnung des Abkommens am 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH handelt<sup>8</sup>, ist diese gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei der Auslegung zu „berücksichtigen“ und hier im Ergebnis grundsätzlich zu übernehmen.

Allerdings sind jedoch auch die spezifischen, vom Unionsrecht abweichenden Ausnahmeregelungen des Abkommens zu beachten. Diese finden sich insbesondere in den Anhängen und stehen einer Übernahme der EuGH-Rechtsprechung für den jeweils ausgeschlossenen Bereich entgegen. Eine solche Einschränkung ist Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt. Da es sich um eine Ausnahmenvorschrift handelt, dürfte diese grundsätzlich eng auszulegen sein. Nach dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Vorschrift dürften unter Unterhaltsbeihilfen soziale Leistungen zu verstehen sein, die speziell für Studierende vorgesehen sind und der Bestreitung des Lebensunterhaltes dienen sollen, etwa in Form eines Stipendiums oder

<sup>7</sup> Ausführlicher hierzu bereits Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85, 89 f.

<sup>8</sup> EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593, Rn. 25. Ebenso EuGH, Rs. C-65/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2004, I-6427, Rn. 25.

Studiendarlehens.<sup>9</sup> Die Fahrpreismässigung wird daher von der Ausnahme nicht erfasst. Die Ausnahmegvorschrift gilt im Übrigen ohnedies nur für „die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“, also nicht im Falle von Studierenden, die auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens über ein Aufenthaltsrecht verfügen, z.B. als Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers.

## **II. Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV)**

### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

#### **a) Rs. C-364/12, *Ungarn/Slowakei***

In der Rs. C-364/12<sup>10</sup> ging es um eine Einreiseverweigerung, welche die Slowakei gegenüber dem ungarischen Präsidenten ausgesprochen hatte, der in der Slowakei an einem Festakt aus Anlass des ungarischen Nationalfeiertags teilnehmen sollte. Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass diese Massnahme nicht gegen das Unionsrecht versties. Das Unionsrecht sei im Lichte des Völkerrechts auszulegen, welches Bestandteil der Unionsrechtsordnung und für die Unionsorgane verbindlich sei. Ein Staatsoberhaupt geniesse aber auf der Grundlage des Völkergewohnheitsrechts einen besonderen Status, wozu insbesondere Vorrechte und Schutzrechte (die Schutzpflichten des Aufenthaltsstaats nach sich ziehen) gehörten. Insofern sei ein Staatsoberhaupt von allen anderen Unionsbürgern zu unterscheiden, so dass für seine Einreise nicht dieselben Voraussetzungen wie für andere Bürger zum Zuge kommen. Daher könne eine Beschränkung des durch Art. 21 AEUV gewährleisteten Freizügigkeitsrechts für Staatsoberhäupter durch völkerrechtliche Grundsätze gerechtfertigt werden, und weder diese Bestimmung noch die RL 2004/38 verpflichteten die Slowakei dazu, die Einreise des ungarischen Präsidenten zu gestatten bzw. zu gewährleisten. Die gleichwohl durch die Slowakei in einer diplomatischen Note erfolgte Bezugnahme auf die RL 2004/38 stelle auch keinen Rechtsmissbrauch dar, da ein solcher nur unter zwei Voraussetzungen vorliege: Erstens dürfe trotz formaler Einhaltung der unionsrechtlichen Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht werden, und zweitens sei die Absicht erforderlich, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Im Streitfall seien schon die Voraussetzungen der RL 2004/38 formal nicht eingehalten worden, so dass keine der beiden Voraussetzungen vorliege. Insbesondere führe die bloße Anführung der Richtlinie nicht dazu, dass sie auf einen Sachverhalt angewandt werden könne, auf den sie nicht anwendbar ist. Damit verneinte der Gerichtshof im Ergebnis bereits die Anwendbarkeit der hier möglicherweise einschlägigen Bestimmungen der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38).

<sup>9</sup> Vgl. hierzu bereits Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005-2006, 73, 79 ff.

<sup>10</sup> EuGH, Rs. C-364/10, *Ungarn/Slowakei*, Urt. v. 16.10.2012.

Der Gerichtshof bestätigt nicht nur, dass das Unionsrecht im Lichte der relevanten Regeln des Völkerrechts, welches Bestandteil der Rechtsordnung der Union ist, auszulegen ist, sondern auch einmal mehr, dass die Unionsrechtsordnung monistischen Charakter aufweist und auch das allgemeine Völkerrecht als solches für die Unionsorgane verbindlich ist. Notwendig für eine solche Einschränkung der Anwendbarkeit des Freizügigkeitsrechts ist es offenbar, dass der erfasste Personenkreis klar abgrenzbar ist und dass dem Aufenthaltsstaat in Bezug auf diese Personen besondere völkerrechtliche Pflichten obliegen. Damit kann diese Einschränkung des Freizügigkeitsrechts auf alle Personen zur Anwendung kommen, die völkerrechtlich verankerte Immunitäten genießen, also etwa Aussenminister, aber auch Diplomaten. Nicht ausdrücklich beantwortet hat der Gerichtshof im Übrigen die Frage, ob die Verneinung der Anwendbarkeit des Art. 21 AEUV und der RL 2004/38 nur für diejenigen Fallgestaltungen, in denen die betreffende Person in dienstlicher Eigenschaft unterwegs ist, oder allgemein (also auch z.B. bei privaten Ferienaufenthalten) gilt. Vieles dürfte hier dafür sprechen, die Antwort auf diese Frage von der Einschlägigkeit der besonderen völkerrechtlichen Schutz- und Vorrechte abhängig zu machen, erscheint dieses Element doch für den Gerichtshof ausschlaggebend gewesen zu sein. Nicht zu verkennen ist damit aber auch, dass die Freizügigkeitsrechte einer recht grossen Gruppe von Personen sehr weitgehend eingeschränkt werden können.

**b) Rs. C-522/10, *Reichel-Albert***

Art. 21 AEUV steht nach gefestigter Rechtsprechung nationalen Vorschriften entgegen, die Personen in demjenigen Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, weniger günstig behandeln, wenn sie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, als wenn sie von diesen keinen Gebrauch gemacht hätten. Daher sei auch eine nationale Massnahme, die die Berücksichtigung von Erziehungszeiten, die ausserhalb des nationalen Hoheitsgebiets absolviert wurden, bei der Berechnung der Altersrente nicht berücksichtigt, während die im Inland zurückgelegten Kindererziehungszeiten angerechnet werden, nicht mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar.<sup>11</sup>

**c) Rs. C-269/09, *Kommission/Spanien***

In der Rs. C-269/09<sup>12</sup> hielt der *Gerichtshof* fest, eine steuerliche Regelung, die dazu führt, dass Personen, die aus einem Mitgliedstaat wegziehen, ihre Steuern früher bezahlen müssen als Personen, die im Inland wohnhaft bleiben, verstosse gegen Art. 21 AEUV (sowie gegen Art. 45, 49 AEUV). Der EuGH weist im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung darauf hin, dass die Notwendigkeit, die Kohärenz des Steuersystems zu wahren und eine effektive Einziehung der Steuer zu gewährleisten, tatsächlich eine Regelung rechtfertigen könne, die dazu angetan sei, die Grundfreiheiten einzuschränken. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall

<sup>11</sup> EuGH, Rs. C-522/10, *Reichel-Albert*, Urt. v. 19.7.2012.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-269/09, *Kommission/Spanien*, Urt. v. 12.7.2012, EuZW 2013, 34.

jedoch nicht erfüllt, sofern es sich um einen Wegzug in einen anderen EU-Staat handelt. Denn der durch die Richtlinien 76/308, 77/799 und 2008/55 geschaffene Rahmen der Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten stelle eine hinreichende Gewährleistung der legitimen staatlichen Interessen sicher. Da diese Richtlinien im Verhältnis zu den EFTA-Staaten nicht gelten, sah der EuGH diesbezüglich eine Rechtfertigung der spanischen Regelungen für gegeben an.

#### d) **Rs. C-40/11, *Ida***

In der Rs. C-40/11<sup>13</sup> ging es um die Reichweite des Familiennachzugsrechts nach der RL 2004/38 sowie der sich aus der Unionsbürgerschaft gemäss Art. 20, 21 AEUV ergebenden Rechte. Der Gerichtshof führt in dem Urteil die in den Entscheidungen *Ruiz Zambrano*<sup>14</sup>, *McCarthy*<sup>15</sup> und *Dereci*<sup>16</sup> bereits formulierten Ansätze<sup>17</sup> fort.

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass eine Ehegattenbeziehung im Sinne der Richtlinie so lange bestehe, wie das eheliche Band durch die zuständige Stelle nicht aufgelöst wurde, so dass auch der Umstand, dass die Ehegatten getrennt leben und sich später scheiden lassen wollen, nichts daran ändere, dass die Familiennachzugsbestimmungen der Richtlinie anwendbar seien. Allerdings könne das Recht auf Familiennachzug entsprechend dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen, die Unionsbürger nicht in der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts zu beeinträchtigen, nur in demjenigen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, in dem der Zusammenführende wohnhaft ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, könne ein Aufenthaltsrecht auch nicht aus Art. 20, 21 AEUV abgeleitet werden, die Drittstaatsangehörigen lediglich abgeleitete, aber keine eigenständigen Rechte gewährten. Der Genuss des Kernbestands der mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte der Familienangehörigen des Klägers des Ausgangsverfahrens sei in der vorliegenden Fallgestaltung nicht behindert. Vor diesem Hintergrund könne ein Drittstaatsangehöriger in Fällen, in denen die RL 2004/38 nicht einschlägig und auch kein anderer Anknüpfungspunkt an die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft gegeben sei, kein von einem Unionsbürger abgeleitetes Aufenthaltsrecht beanspruchen.

## 2. **Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Die Einschränkung der Freizügigkeitsrechte für Staatsoberhäupter<sup>18</sup>, aber (wie gezeigt) auch für andere Personen, die wie etwa Aussenminister oder Diplomaten besondere (völkerrechtliche) Vorrechte und Schutzrechte für sich in Anspruch nehmen können, war zuvor noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH. Es handelt sich somit nicht um eine auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 2 FZA zu

<sup>13</sup> EuGH, Rs. C-40/11, *Ida*, Urt. v. 8.11.2012.

<sup>14</sup> EuGH, Rs. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, Urt. v. 8.3.2011, EuZW 2011, 359.

<sup>15</sup> EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Urt. v. 5.5.2011.

<sup>16</sup> EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci*, Urt. v. 15.11.2011.

<sup>17</sup> Vgl. im Einzelnen zu diesen Urteilen *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012, 51, 58 ff.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-364/10, *Ungarn/Slowakei*, Urt. v. 16.10.2012.

übernehmende Rechtsprechung. Die Argumentation lässt sich jedoch ohne Änderungen auf die Freizügigkeitsrechte nach dem FZA übertragen, so dass diese in der gleichen Weise beschränkt werden können.

Zur Frage, ob Erziehungszeiten, die ausserhalb des nationalen Hoheitsgebiets absolviert wurden, bei der Berechnung der Altersrente zu berücksichtigen sind (Rs. C-522/10 – *Reichel-Albert*), ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich ein solcher Anspruch nunmehr bereits aus Art. 44 Abs. 2 der Verordnung Nr. 987/2009 ergeben könnte, die die Koordination der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit regelt und für die Schweiz gemäss Anhang II FZA verbindlich ist.<sup>19</sup> Ansonsten kommt ein Anspruch auf Gleichbehandlung gemäss dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA in Betracht. Dieser kommt ebenso wie Art. 18 AEUV (dem er nachgebildet ist) auch zugunsten von Inländern zur Anwendung, wenn sie allein deshalb benachteiligt werden, weil sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit (d.h. sich in einem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen und aufzuhalten) Gebrauch gemacht haben.<sup>20</sup> Der Anspruch auf gleiche Berücksichtigung der im Ausland zurückgelegten Erziehungszeiten besteht also auch nach dem FZA, wenn der Antragsteller auf Grund des FZA dort ein Aufenthaltsrecht hatte, sei es als Arbeitnehmer, Selbständiger, Familienangehöriger oder Nichterwerbstätiger.

Hinsichtlich der Ansprüche auf steuerliche Gleichbehandlung können sich die Angehörigen der Vertragsparteien auf das Recht auf gleiche steuerliche und soziale Vergünstigungen (Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA) und – als Auffangvorschrift – auf Art. 2 FZA berufen.<sup>21</sup> Da das Urteil in der Rs. C-269/09 (*Kommission/Spanien*) im Wesentlichen nur eine Anwendung derjenigen Grundsätze darstellt, die der Gerichtshof bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens entwickelt hatte, ist die Argumentation im Ergebnis auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar.<sup>22</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich im Rahmen der Rechtfertigung zwischen den EU-Mitgliedstaaten einerseits und den anderen EWR-Staaten sowie der Schweiz andererseits Unterschiede ergeben, da auch die Schweiz an der durch die Richtlinien 76/308, 77/799 und 2008/55 geschaffenen Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nicht teilnimmt.

Auch die Ausführungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Iida* können, obwohl die RL 2004/38 für die Schweiz nicht anwendbar ist und das Abkommen die Unionsbürgerschaft als solche nicht übernimmt, für die Auslegung des FZA von Interesse sein. Der EuGH bestätigt zunächst seine weite Definition des Begriffs der Ehegattenbeziehung im Sinne der Familiennachzugsbestimmungen. Diese bestehe so

<sup>19</sup> Die Verordnung Nr. 987/2009 war im Ausgangsfall *ratione temporis* nicht anwendbar, weswegen der EuGH über die Reichweite der Gewährleistung nicht zu entscheiden hatte, obwohl diese Gegenstand der Vorlagefragen war. Die Verordnung hat die Verordnung Nr. 1408/71 abgelöst, welche jedoch keine einschlägige Bestimmung enthielt.

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-257/10, *Bergström*, Urt. v. 15.12.2011, Rn. 26-34; BGE 136 II 241, E. 11.

<sup>21</sup> BGE 136 II 241, E. 11.

<sup>22</sup> Vgl. aus der früheren Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225 und Rs. C-80/94, *Wielockx*, Slg. 1995, I-2493.



lange, wie das eheliche Band durch die zuständige Stelle nicht aufgelöst wurde, so dass auch der Umstand, dass die Ehegatten getrennt leben und sich später scheiden lassen wollen, nichts daran ändere, dass die Familiennachzugsbestimmungen der Richtlinie anwendbar seien. Dies ergibt sich bereits aus der vor Inkrafttreten der Richtlinie 2004/38 und auch vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Judikatur des EuGH, so dass diese gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA bei dessen Auslegung zu berücksichtigen ist.<sup>23</sup> Der ausdrückliche Verweis des Gerichtshofs<sup>24</sup> auf das Urteil in der Rs. *Diatta*<sup>25</sup> zeigt, dass sich die Definition der Ehegatteneigenschaft seither nicht geändert hat und somit auch im Rahmen von Art. 3 Anhang I FZA zu übernehmen ist.<sup>26</sup> Der Einwand, das Festhalten an einer nur noch formell bestehenden Ehe sei rechtsmissbräuchlich, dürfte daher in der Regel nicht zulässig sein.<sup>27</sup>

Auch im Rahmen des FZA allerdings kann das Recht auf Familiennachzug nur in demjenigen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, in dem der Zusammenführende wohnhaft ist, da es sich ebenfalls um abgeleitete Rechte handelt und entsprechend dem Sinn und Zweck dieser Bestimmungen, die Unionsbürger nicht in der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts zu beeinträchtigen. Insoweit entsprechen die Ausführungen des Gerichtshofs der früheren Rechtsprechung und sie lassen sich auf das Abkommen ohne weiteres übertragen.

### III. Exkurs: zur Unionsbürgerrichtlinie 2004/38

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

Die sog. Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)<sup>28</sup> präzisiert verschiedene Aspekte des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen in den Mitgliedstaaten und konkretisiert damit auch die sich bereits aus dem Primärrecht ergebenden Rechte. Die Richtlinie ist immer wieder Gegenstand von Urteilen des Gerichtshofs, die mitunter auch Grundsatzfragen zum Gegenstand haben.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. 267/83, *Diatta*, Slg. 1985, 567, Rn. 20 und 22.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-40/11, *Iida*, Urt. v. 8.11.2012, Rn. 58.

<sup>25</sup> EuGH, Rs. 267/83, *Diatta*, Slg. 1985, 567, Rn. 20 und 22.

<sup>26</sup> Anders noch BGE 130 II 113, E. 9.5; BGE 130 II 129, E. 9, 10 (unter Anknüpfung an seine eigene Rechtsprechung zu Rechtsmissbrauch und Scheinehen im schweizerischen Ausländerrecht); vgl. auch BGE 136 II 76 E. 5.2; BGE 136 II 186 E. 3.2.3.

<sup>27</sup> Vgl. bereits Astrid Epiney/Tamara Civitella, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 2008, 227, 237 f.

<sup>28</sup> RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004, 158, 77.

**a) Rs. C-83/11, *Rahman***

In der Rs. C-83/11<sup>29</sup> stand in erster Linie die genaue rechtliche Tragweise des Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38 (Unionsbürgerrichtlinie) zur Debatte. Nach dieser Bestimmung ist die Einreise von nicht unter die „enge“ Familie im Sinne des Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 fallenden Familienangehörigen von Unionsbürgern (ggf. bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen) zu erleichtern. In dem von der Grossen Kammer entschiedenen Urteil des Gerichtshofs wird zunächst – angesichts der in dieser Beziehung klaren Systematik der Richtlinie wenig überraschend – klargestellt, dass diese Bestimmung nicht bedeute, dass im Falle ihrer Einschlägigkeit einem Antrag auf Einreise oder Aufenthalt der betroffenen Personen in jedem Fall stattzugeben wäre. Allerdings verpflichte die Bestimmung die Mitgliedstaaten, solche Anträge „in gewisser Weise bevorzugt zu behandeln“. Diese Verpflichtung impliziere, dass ihr Antrag eingehend – insbesondere in Bezug auf die persönlichen Umstände – geprüft und im Falle der Ablehnung begründet werden müsse. Den Mitgliedstaaten stehe dabei ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Sie müssten allerdings dafür sorgen, dass die anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften Kriterien enthalten, die sich mit der gewöhnlichen Bedeutung des Begriffs „erleichtert“ decken und die dieser Bestimmung nicht ihre praktische Wirksamkeit nehmen. Die Mitgliedstaaten könnten im Rahmen dieses Ermessensspielraums auch besondere Voraussetzungen hinsichtlich der Art und der Dauer der Abhängigkeit vorsehen, insbesondere um sich davon zu überzeugen, dass die Abhängigkeit tatsächlich besteht und von Dauer ist und nicht allein mit dem Ziel herbeigeführt worden ist, um in den Aufnahmemitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten zu dürfen. Damit sei die unmittelbare Wirkung der Bestimmung im Hinblick auf die Geltendmachung von zu berücksichtigenden Beurteilungskriterien ausgeschlossen. Den Antragstellern stehe jedoch das Recht zu, durch ein Gericht überprüfen zu lassen, ob sich die nationale Regelung und ihre Anwendung in den Grenzen des von der Richtlinie gezogenen Spielraums halten. Zu dem in Art. 3 Abs. 2 lit. a RL 2004/38 erwähnten Kriterium der Unterhaltsgewährung führt der Gerichtshof aus, dass dieses nur dann gegeben sei, wenn die Abhängigkeit im Herkunftsstaat dieses Familienangehörigen besteht, und zwar zumindest zu dem Zeitpunkt, zu dem er beantragt, dem Unionsbürger nachziehen zu dürfen, der ihm Unterhalt gewährt. Hingegen sei es nicht notwendig, dass sich der Familienangehörige des Unionsbürgers in demselben Staat aufgehalten hat wie der Unionsbürger oder dass ihm von diesem kurz vor oder zum Zeitpunkt von dessen Niederlassung im Aufnahmemitgliedstaat Unterhalt gewährt worden ist.

**b) Verb. Rs. C-147/11, C-148/11, *Czop und Punakova***

In den verb. Rs. C-147/11, C-148/11<sup>30</sup> bestätigte der Gerichtshof zunächst seine Rechtsprechung in der Rechtssache *Teixeira*<sup>31</sup>, wonach Art. 12 VO 1612/68 Kindern von Arbeitnehmern das Recht auf Zugang zum allgemeinen Unterricht gewähre und

<sup>29</sup> EuGH, Rs. C-83/11, *Rahman*, Urt. v. 5.9.2012, NVwZ 2012, 1532.

<sup>30</sup> EuGH, verb. Rs. C-147/11, C-148/11, *Czop und Punakova*, Urt. v. 6.9.2012.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-480/09, *Teixeira*, Slg. 2010, I-1107. Hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, 75, 90.

dieses Recht ein entsprechendes Aufenthaltsrecht des Kindes sowie des für ihn tatsächlich sorgenden Elternteils einschliesst, unabhängig davon, ob ein Elternteil zu dem Zeitpunkt, zu dem das Kind die Ausbildung begonnen hat, (noch) als Wanderarbeitnehmer tätig ist, und unabhängig davon, ob der betreffende Elternteil sozialhilfeabhängig ist oder nicht. Hingegen gälten diese Grundsätze nicht, wenn keiner der Elternteile als Arbeitnehmer tätig war. Allerdings sei im Falle eines Unionsbürgers, der Angehöriger eines der Union neu beigetretenen Mitgliedstaats ist, bei der Berechnung der Aufenthaltsdauer nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 die Zeit vor dem Beitritt, sofern er sich insgesamt während mehr als fünf Jahre ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat und dieser Aufenthalt in Einklang mit Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 steht, zu berücksichtigen, so dass sich entsprechende Aufenthaltsrechte aus der RL 2004/38 ergeben könnten.

**c) Rs. C-348/09, *P.I.***

In der von der Grossen Kammer entschiedenen Rs. C-348/09<sup>32</sup> legt der Gerichtshof Art. 28 Abs. 3 lit. a der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38 aus, wobei dieses Urteil im Zusammenhang mit demjenigen in der Rs. C-145/09<sup>33</sup> zu sehen ist. Der EuGH geht von den bereits in diesem Urteil genannten Grundsätzen aus, dass eine Ausweisung nach Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 nur im Falle des Vorliegens „zwingender Gründe“ der öffentlichen Sicherheit – ein Begriff, der erheblich enger sei als derjenige der „schwerwiegenden Gründe“ im Sinne des Art. 28 II RL 2004/38 – in Betracht komme und damit nur bei aussergewöhnlichen Umständen zum Zuge kommen könne, wobei den Mitgliedstaaten aber ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen sei. Der Gerichtshof stellt fest, dass sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung von Kindern schwere Verstösse gegen die Grundrechte darstellen und auch nach der RL 2011/93 mit hohen Strafen zu ahnden seien. Daher stehe es den Mitgliedstaaten frei, Straftaten wie die in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV aufgeführten als besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses anzusehen, die geeignet ist, die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar zu bedrohen, und die damit unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit im Sinn des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 fallen könne. Dies gelte aber nur, sofern die Art und Weise der Begehung solcher Straftaten besonders schwerwiegende Merkmale aufweise, was vom nationalen Gericht zu klären sei. Jedenfalls sei bei der Ausweisungsverfügung aber das persönliche Verhalten des Betroffenen zu berücksichtigen, das eine tatsächliche und Gefahr darstellen müsse, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder des Aufnahmemitgliedstaats berührt, wobei dies im Allgemeinen bedeute, dass eine Neigung des Betroffenen bestehen muss, das Verhalten in Zukunft beizubehalten. Daneben seien die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet dieses Staates, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-348/09, *P.I.*, Urt. v. 22.5.2012, NVwZ 2012, 1096.

<sup>33</sup> EuGH, Rs. C-145/09, *Tsakouridis*, Urt. v. 23.11.2010. Hier betonte der EuGH die grundsätzlich hohen Hürden für eine Ausweisung im Rahmen des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38. Vgl. im Einzelnen hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, 75, 91 ff.

Lage, seine soziale und kulturelle Integration in diesem Staat und das Ausmass seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen lehnt sich an eine Reihe von unionsrechtlichen Rechtsakten an, deren Bestimmungen entweder (mehr oder weniger wörtlich) wiederholt werden oder auf die im Abkommen verwiesen wird. Da die erst nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassene Unionsbürgerrichtlinie nicht zu den derart in Bezug genommenen Rechtsakten gehört, lassen sich die diesbezüglichen Urteile nicht einfach auf das Abkommen übertragen.<sup>34</sup> Die Richtlinie begründet z.T. neue Gewährleistungen wie etwa das Daueraufenthaltsrecht, zu denen keine parallele Vorschrift im Abkommen existiert, so dass die entsprechende Auslegung auch nicht auf das FZA übertragen werden kann. Die RL 2004/38 hat aber auch Bestimmungen bereits vorher geltender Rechtsakte – die ihrerseits (teilweise) für die Formulierung insbesondere des Anhangs I FZA Pate standen – aufgegriffen sowie in manchen Vorschriften die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Soweit sich Urteile des Gerichtshofs auf solche Bestimmungen der RL 2004/38 beziehen, können sie daher grundsätzlich auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant sein.

Der in der Rs. *Rahman*<sup>35</sup> streitige Anspruch auf „Erleichterung“ der Einreise und des Aufenthalts gemäss Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38 findet eine – im Wortlaut abweichende – Entsprechung in Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA, wonach die Aufnahme bestimmter Verwandter zu „begünstigen“ ist, denen der Freizügigkeitsberechtigte Unterhalt gewährt oder mit denen er im Herkunftsland in einer häuslichen Gemeinschaft lebt. Angesichts der gleichen Zielsetzung der beiden Normen lassen sich die Ausführungen des EuGH zu den Anspruchsvoraussetzungen, sofern sie parallel ausgestaltet sind, durchaus auf das Abkommen übertragen. Dies betrifft etwa die Erläuterungen zum Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, zum Begriff der Erleichterung bzw. Begünstigung des Aufenthalts und zu den Anforderungen, die an das Merkmal der Hilfsbedürftigkeit und deren Nachweis gestellt werden können. So sind derartige Anträge „in gewisser Weise bevorzugt zu behandeln“ und der Antrag muss eingehend – insbesondere in Bezug auf die persönlichen Umstände – geprüft und im Falle der Ablehnung begründet werden. Die Mitgliedstaaten müssen ausserdem dafür sorgen, dass die anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften Kriterien enthalten, die sich mit der gewöhnlichen Bedeutung des Begriffs „erleichtert“ decken und die dieser Bestimmung nicht ihre praktische Wirksamkeit nehmen.

<sup>34</sup> Die Europäische Kommission hat der Schweiz vorgeschlagen, die Unionsbürgerrichtlinie durch eine Vertragsänderung in das FZA zu integrieren, doch der Schweizerische Bundesrat hält die heute geltenden Regeln für genügend und „verzichtet auf die Aufnahme von Verhandlungen zur Übernahme der Richtlinie“ (vgl. die Medienmitteilung des Bundesamts für Migration (BFM) vom 14.6.2011, „Schweiz-EU: Elfte Treffen des Gemischten Ausschusses zum Freizügigkeitsabkommen“, <<http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2011/2011-06-14.html>>).

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-83/11, *Rahman*, Urt. v. 5.9.2012, NVwZ 2012, 1532.

In der Rechtssache *Czop und Punakova*<sup>36</sup> ging es zum einen um die Auslegung des Art. 12 VO 1612/68, der Kindern von Arbeitnehmern ein Recht auf Zugang zum allgemeinen Unterricht gewährt, welches nach dem Urteil des EuGH auch ein entsprechendes Aufenthaltsrecht des Kindes sowie des für ihn tatsächlich sorgenden Elternteils einschliesst. Da Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA dieser Bestimmung nachgebildet ist und der Wortlaut beider Artikel sich im Wesentlichen deckt, sprechen gute Gründe dafür, das Abkommen insoweit gleich wie die Verordnung auszulegen.<sup>37</sup> Dagegen beziehen sich die Ausführungen des Gerichtshofs zur Berechnung der Aufenthaltsdauer nach Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38 auf das durch die Richtlinie neu eingeführte Daueraufenthaltsrecht, das im FZA keine Parallele findet, so dass das Urteil insoweit keine Auswirkungen auf die Auslegung des Abkommens haben dürfte.

Die Regelung der Voraussetzungen einer Ausweisung in Art. 28 Abs. 3 lit. a der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38, um die es in der Rechtssache *P.I.*<sup>38</sup> ging, stellt eine Weiterentwicklung der Richtlinie 64/221<sup>39</sup> dar, auf die Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA verweist. Die drei in Art. 28 RL 2004/38 genauer definierten „Stufen“ des Ausweisungsschutzes finden sich zwar so noch nicht in der RL 64/221, doch handelt es sich letztlich um eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Dieser spielte – neben der Berücksichtigung des Rechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK – auch schon in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs vor der Unterzeichnung des FZA eine massgebliche Rolle für die Zulässigkeit von Ausweisungen. Er ist daher auch bei der Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, wonach die aufgrund des Abkommens eingeräumten Rechte nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden dürfen, zu beachten.<sup>40</sup> Die laut dem Urteil des EuGH bei der Abwägung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte (etwa Dauer des Aufenthalts im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates, Alter, Gesundheitszustand, familiäre und wirtschaftliche Lage, soziale und kulturelle Integration in diesem Staat und das Ausmass der Bindungen zum Herkunftsstaat) sowie die übrigen allgemeinen Ausführungen zur Verhältnismässigkeit entsprechen der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung und sind im Ergebnis daher auch im Rahmen des Art. 5 Anhang I FZA zu berücksichtigen. Der Fall illustriert einmal mehr, dass eine Ausweisung nach dem FZA nur nach genauer Prüfung aller Umstände des Einzelfalles sowie insbesondere des Vorliegens einer zukünftigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit durch das Verhalten der betreffenden Person selbst zulässig ist,

<sup>36</sup> EuGH, verb. Rs. C-147/11, C-148/11, *Czop und Punakova*, Urt. v. 6.9.2012.

<sup>37</sup> So bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, 75, 95 zum Urteil des EuGH, Rs. C-480/09, *Teixeira*, Slg. 2010, I-1107.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-348/09, *P.I.*, Urt. v. 22.5.2012, NVwZ 2012, 1096.

<sup>39</sup> Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. 1964 L 56, 850.

<sup>40</sup> Vgl. hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, 75, 95 f. zum Urteil EuGH, Rs. C-145/09, *Tsakouridis*, Urt. v. 23.11.2010.

weshalb etwa eine wortgetreue Umsetzung der sog. „Ausschaffungsinitiative“<sup>41</sup> und des darin vorgesehenen Automatismus der Ausweisung mit dem FZA nicht vereinbar ist.<sup>42</sup>

## **C. Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)**

### **I. Zugang zu staatlichen Leistungen**

#### **1. Zur Rechtsprechung des EuGH**

##### **a) Verb. Rs. C-611/612/10, *Hudzinski***

In den verb. Rs. C-611/10, C-612/10<sup>43</sup> stand insbesondere<sup>44</sup> die Frage zur Debatte, ob der in der einschlägigen deutschen Gesetzgebung vorgesehene Ausschluss des Anspruchs auf Kindergeld in Situationen, in denen eine vergleichbare Leistung in einem anderen Staat zu zahlen ist oder bei entsprechender Antragstellung zu zahlen wäre, mit Art. 45 AEUV in Einklang steht. Diese Frage stellte sich in Bezug auf die Kinder polnischer Arbeitnehmer, die während mehrerer Monate in Deutschland als Saisonarbeitnehmer bzw. als entsandte Arbeitnehmer beschäftigt waren und dort als unbeschränkt steuerpflichtig angesehen wurden. Sie und ihre Kinder behielten aber ihren Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Polen. Ihre Anträge auf Kindergeld während der Beschäftigungszeit in Deutschland wurden unter Berufung auf die erwähnte Vorschrift des nationalen Steuerrechts abgelehnt. Der Gerichtshof erachtete diesen Ausschluss als nicht mit Art. 45 AEUV vereinbar. Denn ein solcher Ausschluss führe zu einer Schlechterstellung der Wanderarbeitnehmer im Verhältnis zu den einheimischen Arbeitnehmern, soweit es nicht nur um eine Kürzung des Anspruchs in der Höhe des im Heimatstaat gewährten, sondern um einen vollständigen Ausschluss gehe. Ein solcher Nachteil scheine umso weniger gerechtfertigt, als die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Leistung durch Steuergelder finanziert werde und die Antragsteller ihrerseits während ihres

<sup>41</sup> Eidgenössische Volksinitiative „Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“, von Volk und Ständen angenommen am 28.11.2010, AS 2011 1199.

<sup>42</sup> Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 5 Anhang I FZA aus jüngerer Zeit vgl. z.B. BGer 2C\_401/2012 vom 18.9.2012; BGer 2C\_310/2012 vom 12.11.2012.

<sup>43</sup> EuGH, verb. Rs. 611/10, *Hudzinski*, C-612/10, Urt. v. 12.6.2012.

<sup>44</sup> Neben den oben behandelten Aspekten ging es in dem Urteil um die Auslegung des Art. 14 VO 1408/71. Der Gerichtshof stellte diesbezüglich fest, diese Bestimmung verwehre es einem Mitgliedstaat, der nach den unionsrechtlichen Vorgaben nicht als zuständiger Staat anzusehen ist, nicht, nach seinem nationalen Recht einem Wanderarbeitnehmer, der in seinem Hoheitsgebiet tätig ist, Kindergeld zu gewähren. Dies gelte auch, wenn der Betreffende durch die Wahrnehmung seiner Freizügigkeitsrechte keinen Rechtsnachteil erlitten hat (da er entsprechende Ansprüche im Herkunftsstaat behielt) und weder er noch sein Kind ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat haben.

Aufenthalts in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtig waren. An diesem Ergebnis ändere auch der Umstand nichts, dass sich der Nachteil für die Wanderarbeitnehmer letztlich (auch) durch die Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten erklären lasse.

Das Urteil impliziert letztlich, dass Wanderarbeitnehmern entsprechend dem Grundsatz der Inländerbehandlung umfassend Zugang zu Leistungen sozialer Sicherheit im Aufenthaltsstaat zu gewähren ist. Allerdings können im Wohnsitzstaat geleistete Zahlungen verrechnet werden, wie der Gerichtshof ausdrücklich festhält. Dass der Betreffende auf diese Weise in einer solchen Konstellation unter Umständen besser gestellt werden kann als Personen, die in ihrem Heimatland (wie z.B. Polen) geblieben sind, in denen die Leistungen sozialer Sicherheit tiefer sind, ändert hieran nichts. Auch wenn dieses Ergebnis auf den ersten Blick überraschen mag, dürfte der vom Gerichtshof entwickelte Grundsatz doch letztlich nur eine konsequente Anwendung der schon bekannten Grundsätze darstellen. Die Frage nach dem Vorliegen einer Ungleichbehandlung ist nämlich nach der Situation im Aufnahmestaat zu beurteilen, der ja die Differenzierung (*in casu* den Ausschluss, unter gewissen Voraussetzungen, von Leistungen sozialer Sicherheit) vornimmt. Insofern besteht tatsächlich kein ersichtlicher Grund, warum die Leistungen für Wanderarbeitnehmer niedriger ausfallen sollen als für Arbeitnehmer mit Wohnsitz in dem betreffenden Staat. Der Umstand, dass den Wanderarbeitnehmern „zu Hause“ nur eine geringere Leistung zusteht, stellt nach der Rechtsprechung des EuGH jedenfalls keinen solchen Grund dar.

#### b) **Rs. C-367/11, *Prete***

In der Rs. C-367/11<sup>45</sup> stellte der Gerichtshof (im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung<sup>46</sup>) fest, dass aus Art. 45 AEUV auch ein Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer Sozialleistung abgeleitet werden kann, die jungen Menschen den Übergang von der Ausbildung zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Zwar könne der Zugang zu einer solchen Leistung grundsätzlich durchaus beschränkt werden, insbesondere durch das Anliegen sicherzustellen, dass eine tatsächliche Verbindung zwischen der Person, die ein solches Überbrückungsgeld beantragt, und dem betreffenden räumlichen Arbeitsmarkt besteht. Jedoch sei hierfür das Erfordernis einer mindestens sechsjährigen höheren Schulausbildung in einer belgischen Bildungseinrichtung nicht erforderlich, da es die Berücksichtigung anderer repräsentativer Gesichtspunkte verhindere, die geeignet sind, das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung der betreffenden Person zum Arbeitsmarkt zu belegen. Daher genüge das gewählte Kriterium nicht dem Grundsatz der Erforderlichkeit. Der EuGH fügt noch hinzu, dass auch eine kürzere Zeit der Ausbildung im Inland den unionsrechtlichen Anforderungen nicht genüge, da auch dies andere Umstände ausschliesse, die geeignet seien, eine hinreichende Verbindung zum Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats zu belegen. Zu solchen Umständen

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-367/11, *Prete*, Urt. v. 25.10.2012.

<sup>46</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703. Zu diesem Urteil *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41 (50 ff.). S. auch EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Slg. 2005, I-8275.

könne auch die Eheschliessung mit einem Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates und das im Anschluss daran bestehende Bestreben, sich in den Aufnahmemitgliedstaat und seinen Arbeitsmarkt zu integrieren, gehören. Hieran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Betreffende an der Grenze zu ihrem Heimatstaat wohnhaft ist, ganz abgesehen davon, dass sie sich in Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV im Aufnahmestaat niedergelassen habe.

Man wird aus dem Urteil ableiten können, dass „starre“ Kriterien für den Nachweis einer gewissen Verbindung zum Aufnahmestaat – die bei der Frage nach dem Zugang zu staatlichen Sozialleistungen im Rahmen des Art. 45 AEUV, aber auch der Art. 21, 18 AEUV, häufig entscheidend ist – grundsätzlich nicht den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügen, da sie regelmässig andere „repräsentative“ Kriterien ausschliessen. Insofern dürfte es das Unionsrecht also verlangen, dass „starre“ Aufenthalts- oder Ausbildungszeiten als Voraussetzung für den Zugang zu solchen staatlichen Leistungen mit einer Art Öffnungsklausel versehen werden, die die Berücksichtigung anderer Umstände ermöglicht, die eine tatsächliche Verbindung zum Aufenthaltsstaat zu belegen vermögen. In der Rechtsprechung des EuGH hatten sich diese Grundsätze nicht aus allen bisherigen Urteilen mit dieser Klarheit ableiten lassen.<sup>47</sup>

### c) **Rs. C-542/09, *Kommission/Niederlande***

Ebenfalls um den Zugang zu einer staatlichen Leistung ging es in der Rs. C-542/09<sup>48</sup>. Der Fall betraf den Anspruch auf eine staatliche Studienfinanzierung für ein Studium ausserhalb der Niederlande. Dieser war für Personen ohne niederländische Staatsangehörigkeit davon abhängig, dass sie in den Niederlanden wohnhaft waren und sich dort mindestens drei der sechs Jahre, die der Einschreibung für ein Hochschulstudium ausserhalb der Niederlande vorangegangen sind, rechtmässig aufgehalten haben. Der Gerichtshof stellte fest, diese Voraussetzung verstosse gegen Art. 45 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68<sup>49</sup>, wonach Wanderarbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer geniessen. Denn eine Studienfinanzierung stelle eine soziale Vergünstigung im Sinne der genannten Verordnungsbestimmung dar. Dies gelte nicht nur in Bezug auf den Arbeitnehmer selbst, sondern auch in Bezug auf seine Kinder, für deren Unterhalt er aufkommt. Das zur Debatte stehende Wohnsitz- und Aufenthaltserfordernis stelle eine versteckte Diskriminierung dar. Der Umstand, dass die Situation von nicht in den Niederlanden wohnenden, aber dort beschäftigten Arbeitnehmern anders gelagert sei als diejenige von in den Niederlanden wohnhaften

<sup>47</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, wo der Gerichtshof noch ohne nähere Prüfung eine mindestens fünfjährige Aufenthaltsdauer als Voraussetzung für den Bezug eines Unterhaltsstipendiums für Studierende als mit Art. 18, 21 AEUV vereinbar angesehen hat. Zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, 2009, 53, 56 f.

<sup>48</sup> EuGH, Rs. C-542/09, *Kommission/Niederlande*, Urt. v. 14.6.2012.

<sup>49</sup> Die VO 1612/68 wurde durch die VO 492/2011 abgelöst, die jedoch in Art. 7 Abs. 2 eine parallele Vorschrift kennt.



Personen, sei kein sachlicher Grund, der die Ungleichbehandlung rechtfertigen könne. Denn die erstgenannte Gruppe bzw. deren Kinder könnten ebenso geneigt sein, in den Niederlanden zu studieren, unabhängig davon, ob sie dort wohnhaft sind, so dass beide Gruppen miteinander vergleichbar seien. Weiter betont der Gerichtshof, Haushaltserwägungen könnten als solche eine Ungleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern nicht rechtfertigen. Bei Wanderarbeitnehmern und ihren Kindern sei es nämlich – im Gegensatz zu den Konstellationen in den Urteilen *Bidar*<sup>50</sup> und *Förster*<sup>51</sup>, in denen es um EU-Bürger ohne diesen Status ging – grundsätzlich „unangemessen“, die Erfüllung einer Wohnsitzvoraussetzung als Nachweis für die erforderliche Integration zu verlangen. Denn der Umstand, dass diese Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats gefunden haben, schaffe grundsätzlich ein hinreichendes Band der Integration in die Gesellschaft dieses Staates, das es ihnen erlaube, hinsichtlich sozialer Vergünstigungen in den Genuss des Grundsatzes der Gleichbehandlung mit inländischen Arbeitnehmern zu kommen, zumal der Wanderarbeitnehmer mit den Abgaben, die er im Aufnahmemitgliedstaat entrichtet, auch zur Finanzierung der dortigen sozialpolitischen Massnahmen beitrage. Schliesslich könne die niederländische Massnahme auch nicht durch das (durchaus als zwingender Grund des Allgemeininteresses anzuerkennende) Anliegen der Förderung der Mobilität der Studierenden gerechtfertigt werden. Die Massnahme sei zwar durchaus zur Erreichung dieser Zielsetzung geeignet, da sie die internationale Mobilität in den Niederlanden studierender Personen fördere. Jedoch sei von den Niederlanden nicht dargetan worden, warum gerade die „Drei- von sechs-Jahren“-Regel gewählt worden sei und keine andere, mildere Massnahme in Betracht komme, zumal diese Regel eine sehr starke Ausschlusswirkung entfalte. Das Urteil verdeutlicht den sehr engen Spielraum der Mitgliedstaaten, soweit es um Wanderarbeitnehmer und ihre Kinder diskriminierende Regelungen geht: Im Gegensatz zu sonstigen Unionsbürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausgeübt haben, ist eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der entsprechenden Leistungssysteme und daran anschliessend das Erfordernis einer gewissen Verbundenheit zum Aufnahmemitgliedstaat von vornherein nicht statthaft, und bei den sonstigen Erwägungen des Allgemeininteresses legt der Gerichtshof bei der Rechtfertigungsprüfung einen denkbar strengen Massstab an.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Dem Anspruch der Wanderarbeitnehmer auf Gleichbehandlung gemäss Art. 45 Abs. 2 AEUV entspricht im FZA mangels einer spezifischen Diskriminierungsvorschrift das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA. Zu beachten ist jedoch, dass bei „sozialen Vergünstigungen“ im Sinne des Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA diese

---

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119. Zu diesem Urteil *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2005/2006, 73, 74 ff.

<sup>51</sup> EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2008/2009, 2009, 53, 56 f.

Vorschrift als spezielles Diskriminierungsverbot zur Anwendung kommt.<sup>52</sup> Die Begründung des EuGH im Fall *Hudzinski*<sup>53</sup> lässt sich auf entsprechende Fallkonstellationen im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens durchaus übertragen, da es sich lediglich um eine Anwendung bekannter Grundsätze der früheren Rechtsprechung auf eine neue Sachverhaltskonstellation handelt. Ebenso wie im Unionsrecht haben die Wanderarbeitnehmer daher umfassend Anspruch auf Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen des Aufnahmestaates, die sich als Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation befinden, wobei den Vertragsparteien des FZA ebenfalls die Möglichkeit offen steht, sich auf Antikumulierungsvorschriften zu berufen. Sofern das Urteil die Anwendung der Antikumulierungsvorschriften bei Familienleistungen im Rahmen der VO 1408/71 betrifft, kann auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Schwemmer*<sup>54</sup> verwiesen werden, welches unmittelbar die Anwendung des FZA betrifft und die gleichen Grundsätze wie im hier besprochenen Urteil anwendet.

Hinsichtlich des diskriminierungsfreien Zugangs zu einem „Überbrückungsgeld“ für junge Menschen auf der Suche nach einer ersten Beschäftigung nach Abschluss der Ausbildung gemäss der Rechtssache *Prete*<sup>55</sup> lässt sich die Begründung des EuGH zu Art. 45 Abs. 2 AEUV auf Art. 2 FZA übertragen, der die Diskriminierung der Wanderarbeitnehmer mit Staatsangehörigkeit der anderen Vertragspartei ebenso wie Art. 45 Abs. 2 AEUV verbietet. Jedenfalls soweit es sich um Arbeitnehmer (oder deren Familienangehörige) handelt, besteht also ein entsprechender Anspruch auf Gleichbehandlung. Daher hat etwa das Kind eines schweizerischen Arbeitnehmers in Belgien unter den gleichen Bedingungen wie ein Kind eines Unionsbürgers Anspruch auf diese Leistung.

Die genauen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Beschränkung des Kreises der Leistungsberechtigten, insbesondere um sicherzustellen, dass eine tatsächliche Verbindung zwischen den Leistungsempfängern und dem betreffenden räumlichen Arbeitsmarkt besteht, wurden zwar erst nach der Unterzeichnung des FZA durch die Rechtsprechung herausgearbeitet und präzisiert.<sup>56</sup> Allerdings lässt sich die Berücksichtigung derartiger Gesichtspunkte mit ähnlich strukturierten Rechtfertigungsgründen vergleichen, die der Gerichtshof bereits vor der Unterzeichnung des FZA herausgearbeitet hatte. So hatte der EuGH etwa die „Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit“ bereits vor der Unterzeichnung des Abkommens als zwingendes Allgemeininteresse im Rahmen der Grundfreiheiten des Vertrages anerkannt.<sup>57</sup> Da das Bundesgericht darüber hinaus davon ausgeht, dass auch die neuere einschlägige

<sup>52</sup> Die Regelung gilt entsprechend für Selbständigerwerbende gemäss Verweisung in Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA.

<sup>53</sup> EuGH, verb. Rs. 611/10, *Hudzinski*, C-612/10, Urt. v. 12.6.2012.

<sup>54</sup> EuGH, Rs. C-16/09, *Schwemmer*, Slg. 2010, I-9717. Vgl. hierzu z.B. *Gerhard Igl*, ZESAR 2011, 92 ff. und *Eberhard Eichenhofer*, ZESAR 2011, 241 f.

<sup>55</sup> EuGH, Rs. C-367/11, *Prete*, Urt. v. 25.10.2012.

<sup>56</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703. Zu diesem Urteil *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2004/2005, 41, 50 ff. Siehe ausserdem auch EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Slg. 2005, I-8275.

<sup>57</sup> EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931; Rs. C-120/95, *Decker*, Slg. 1998, I-1831.

Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich zu übernehmen sei,<sup>58</sup> sprechen gute Gründe dafür, dass im Rahmen des FZA in einer Fallkonstellation wie der des Ausgangsfalles auf die gleichen Kriterien wie innerhalb der EU abzustellen ist. Dass die Regelung zur Bestimmung der Leistungsempfänger neben der Festlegung einer bestimmten Aufenthaltsdauer auch die Möglichkeit eröffnen muss, die hinreichende Verbundenheit mit dem nationalen Arbeitsmarkt durch andere Umstände zu belegen, folgt letztlich schon aus der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips und dürfte sich daher ebenfalls auf das FZA übertragen lassen.

Zu prüfen bleibt bei Leistungen im Zusammenhang mit dem Studium jeweils noch die Ausnahmegvorschrift des Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt. Da es sich im vorliegenden Falle um Personen handelt, die ihr Studium bereits abgeschlossen haben, dürfte es sich schon nicht um Beihilfen „für Studierende“ handeln und der Tatbestand der Norm somit nicht erfüllt sein. Zu beachten ist ausserdem, dass die Ausnahmegvorschrift nicht gilt im Falle von Studierenden, die auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens über ein Aufenthaltsrecht verfügen, z.B. als Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers, denn Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA verweist ausdrücklich auf „die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“.

Bezüglich des Anspruchs auf diskriminierungsfreien Zugang zu einer staatlichen Beihilfe für ein Studium im Ausland wie im Fall *Kommission/Niederlande*<sup>59</sup> ist zunächst festzustellen, dass das Abkommen in Art. 2 FZA und Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA parallele Vorschriften enthält zu Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68, auf die sich der Anspruch im Unionsrecht stützt. Die Feststellung des Gerichtshofs, dass eine Förderung, die zur Durchführung eines mit einer beruflichen Qualifikation abgeschlossenen Hochschulstudiums für den Lebensunterhalt und für die Ausbildung gewährt wird, eine soziale Vergünstigung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der VO 1612/68 darstellt, ergibt sich bereits aus der ständigen Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des FZA und ist daher bei der Auslegung von Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu übernehmen.<sup>60</sup> Ebenso hatte der EuGH bereits entschieden, dass ein Mitgliedstaat, der den inländischen Arbeitnehmern die Möglichkeit bietet, eine in einem anderen Mitgliedstaat erteilte Ausbildung zu absolvieren, nach den gleichen Vorschriften verpflichtet ist, diese Möglichkeit auf die in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Wanderarbeitnehmer und ihre Familienangehörigen zu erstrecken.<sup>61</sup> Die Ausführungen zu den Möglichkeiten einer Rechtfertigung betreffen zwar eine in der früheren Rechtsprechung so noch nicht entschiedene Sachverhaltskonstellation. Die Argumentation des EuGH folgt jedoch den in der ständigen Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens

<sup>58</sup> Vgl. BGE 136 II 5; hierzu Astrid Epiney/Beate Metz, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch des Migrationsrechts 2009/2010, 2010, 243, 259 ff.

<sup>59</sup> EuGH, Rs. C-542/09, *Kommission/Niederlande*, Urt. v. 14.6.2012.

<sup>60</sup> EuGH, Rs. 39/86, *Lair*, Slg. 1988, 3161, Rn. 24; EuGH, Rs. C-3/90, *Bernini*, Slg. 1992, I-1071, Rn. 23.

<sup>61</sup> EuGH, Rs. 235/87, *Matteucci*, Slg. 1988, 5589, Rn. 16; EuGH, Rs. C-308/89, *di Leo*, Slg. 1990, I-4185, Rn. 14.

etablierten Interpretationsleitlinien und dürfte deshalb im Ergebnis auf das FZA übertragbar sein.

Hinsichtlich der besonderen, vom Unionsrecht abweichenden Ausnahmeregelungen des Abkommens ist festzustellen, dass es hier tatsächlich um eine Unterhaltsbeihilfe im Sinne des Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA geht, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt.<sup>62</sup> Wie bereits erwähnt gilt die Ausnahme jedoch nicht für Studierende, die auf Grund einer anderen Bestimmung des Abkommens freizügigkeitsberechtigt sind, so dass insbesondere Familienangehörige eines Wanderarbeitnehmers von der Regelung nicht erfasst werden.

## II. Versteckte Lohndiskriminierung

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-172/11, *Erny*)

In der Rs. C-172/11<sup>63</sup> ging es um die Auslegung des Art. 45 AEUV und des diesen durchführenden Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68. Nach dieser Vorschrift sind alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen betreffend u.a. die Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten diskriminierend sind.<sup>64</sup> Der EuGH präzisierte zunächst die Kriterien, die für das Vorliegen einer versteckten Diskriminierung entscheidend sind. Die entsprechende Massnahme müsse sich „ihrem Wesen nach“ eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken können, so dass die Gefahr bestehe, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt. Dabei sei es unerheblich, ob alle Inländer begünstigt werden. Diese Voraussetzungen sah der Gerichtshof im Falle des fiktiven Abzugs der von einem Wanderarbeitnehmer im Beschäftigungsmitgliedstaat geschuldeten Lohnsteuer für erfüllt an. Denn der Abzug führe aufgrund der konkreten Berechnungsgrundlagen für diesen Wanderarbeitnehmer im Verhältnis zu inländischen Arbeitnehmern zu einem Einkommensverlust, und im Übrigen werde der konkret in Frage stehende Aufstockungsbetrag für Altersteilzeit auf der Grundlage der einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen bereits im Heimatstaat besteuert. Ggf. entstehende administrative Schwierigkeiten vermögen eine solche Diskriminierung nicht zu rechtfertigen, und auch der Umstand, dass die Arbeitnehmer sich mit der fraglichen Regelung einverstanden erklärt hatten, ändere nichts an der Vertragsverletzung und der Nichtigkeit dieser Vertragsklauseln.

<sup>62</sup> Zu Fragen des Hochschulzugangs und von Studienbeihilfen sowie der grundsätzlichen Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH vgl. bereits Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah *Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005-2006, 73, 74 ff.; Astrid Epiney/Robert Mosters, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Epiney/Civitella (Hrsg.), SJER 2007/2008, 2008, 55, 58 ff.

<sup>63</sup> EuGH, Rs. C-172/11, *Erny*, Urt. v. 28.6.2012.

<sup>64</sup> Die VO 1612/68 wurde durch die VO 492/2011 abgelöst, die jedoch in Art. 7 Abs. 4 eine parallele Vorschrift kennt.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen enthält in Art. 2 FZA und Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA Parallelvorschriften zu den hier zur Anwendung gelangten, wobei letzterer nahezu wörtlich mit der Bestimmung der Verordnung übereinstimmt. Die Entscheidung des Gerichtshofs stellt letztlich die Anwendung etablierter Grundsätze der vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Rechtsprechung, welche gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist, auf eine neue Fallkonstellation dar, so dass sie im Ergebnis auf die Auslegung der genannten Artikel des Abkommens übertragbar sein dürfte. Insbesondere die Voraussetzungen für das Vorliegen einer versteckten Diskriminierung finden sich so bereits in der früheren Rechtsprechung.<sup>65</sup>

## III. Beschränkung der Freizügigkeit

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-461/11, *Radziejewski*)

In Schweden ist die Bewilligung einer Entschuldungsmassnahme an den Wohnsitz der begünstigten Person im Inland geknüpft. Da eine derartige Bestimmung einen zahlungsunfähigen Arbeitnehmer davon abhalten könne, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stelle dies – so der Gerichtshof in der Rs. C-461/11<sup>66</sup> – eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar. Zwar könnten die Mitgliedstaaten Massnahmen ergreifen, die die Wirkungsentfaltung von Entschuldungsmassnahmen sicherzustellen vermögen. Jedoch sei das in Frage stehende Wohnsitzerfordernis teilweise nicht geeignet und teilweise zu allgemein formuliert. So könne das Wohnsitzerfordernis insbesondere nicht gewährleisten, dass ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats die Entschuldungsmassnahme anerkennt. Ebensowenig könne die Massnahme durch das Anliegen, die finanzielle und persönliche Lage des Schuldners auf zufriedenstellende Weise zu ermitteln, gerechtfertigt werden, da auch hier die Erforderlichkeit nicht gegeben sei, zumal es dem Schuldner freistehe, nach Einreichung des Antrags auf Entschuldung seinen Wohnsitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.

### 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Soweit ersichtlich ist dies das erste Urteil des EuGH, das sich mit Wohnsitzerfordernissen im Rahmen einer Entschuldungsmassnahme zu befassen hatte, so dass es sich um eine vor der Unterzeichnung des FZA noch nicht entschiedene Sachverhaltskonstellation handelt. Der Gerichtshof stellt darauf ab, dass die Regelung eine nach Art. 45 AEUV grundsätzlich verbotene Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer darstelle. Daher stellt sich die Frage, ob das FZA ebenso wie das Unionsrecht neben dem Verbot von Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit auch ein allgemeines Verbot nicht diskriminierender Beschränkungen der Freizügigkeit enthält. Die Staatsangehörigen der

<sup>65</sup> Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-237/94, *O'Flynn*, Slg. 1996, I-2617, Rn. 17.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-461/11, *Radziejewski*, Urt. v. 8.11.2012.

Vertragsparteien haben gemäss Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA das Recht, sich „im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei aufzuhalten und dort eine Erwerbstätigkeit auszuüben“. Diese Gewährleistungen entsprechen der in Art. 45 AEUV garantierten Freizügigkeit der Arbeitnehmer und sind daher gemäss Art. 16 II FZA im Einklang mit der vor der Unterzeichnung des Abkommens hierzu ergangenen EuGH-Rechtsprechung auszulegen. Da der Gerichtshof spätestens mit der Entscheidung in der Rechtssache *Bosman*<sup>67</sup> anerkannt hat, dass Art. 45 AEUV ein allgemeines Beschränkungsverbot (parallel zu den Gewährleistungen der Warenverkehrs-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit) enthält, ist diese Auslegung Teil der gemäss Art. 16 II FZA zu berücksichtigenden Rechtsprechung und somit auch für die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 FZA massgeblich.<sup>68</sup> Daraus folgt, dass diese Vorschrift ebenfalls ein allgemeines Verbot der in ihr garantierten Freizügigkeitsrechte enthält. Selbst wenn dieser Argumentation nicht gefolgt würde, bliebe noch zu prüfen, ob eine nationale Regelung, die die Bewilligung der Entschuldung an das Erfordernis eines Wohnsitzes knüpft, nicht eine versteckte Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit darstellt. Dies ist der Fall, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt. Da bei den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten die Möglichkeit besteht, dass sie nach Ausübung einer Erwerbstätigkeit und insbesondere im Falle einer Insolvenz in den Heimatstaat zurückkehren, sprechen gute Gründe für diese Annahme. Die Ausführungen des Gerichtshofs zur Rechtfertigung der Regelung orientieren sich an den vor der Unterzeichnung des Abkommens entwickelten Grundsätzen und wenden diese lediglich auf eine neue Fallkonstellation an, so dass die gleiche Argumentation auch im Rahmen des FZA Anwendung finden kann.

## IV. Steuerliche Fragen

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-39/10, *Kommission/Estland*)

In der Rs. C-39/10<sup>69</sup> stand eine steuerrechtliche Regelung der Republik Estland zur Debatte. Diese sieht vor, dass ein grundsätzlich (für in Estland wohnhafte Personen) vorgesehener Steuerfreibetrag den nicht in Estland wohnhaften Beziehern einer estnischen Rente, die angesichts ihrer niedrigen Renten nach dem Steuerrecht des Wohnsitzmitgliedstaats in diesem nicht steuerpflichtig sind, nicht gewährt wird. Der Gerichtshof sah darin einen Verstoß gegen Art. 45 AEUV. Denn diese Regelung führe dazu, dass ein Arbeitnehmer allein deshalb in seinem Heimatstaat ungünstiger behandelt werde, weil er von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht habe.

<sup>67</sup> EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921.

<sup>68</sup> Im Ergebnis ebenso bereits Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 85, 94 ff.

<sup>69</sup> EuGH, Rs. C-39/10, *Kommission/Estland*, Urt. v. 10.5.2012.

Denn in einem solchen Fall sei der Wohnsitzmitgliedstaat nicht in der Lage, die Steuerkraft, die persönliche Situation und den Familienstand des Betroffenen zu berücksichtigen, so dass keine objektiven Unterschiede zwischen Gebietsfremden und Gebietsansässigen bestünden.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Steuerrechtlich relevante Diskriminierungsverbote enthält das Freizügigkeitsabkommen in Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA (Gebot der Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer hinsichtlich steuerlicher und sozialer Vergünstigungen) und im allgemeinen Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA.<sup>70</sup> Diese lehnen sich an Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68 und Art. 18 AEUV an, so dass die hierzu ergangene Rechtsprechung gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA zu berücksichtigen ist. Das Urteil stützt sich weitgehend auf die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Judikatur, insbesondere auf das Leiturteil in der Rechtssache *Schumacker*<sup>71</sup>, und wendet die dort entwickelten Grundsätze auf eine neue, als solche zuvor noch nicht entschiedene Fallgestaltung an. Die Anwendung dieser Grundsätze ist gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA daher auch im Rahmen des Abkommens vorzunehmen, so dass die Argumentation des EuGH auf Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA und Art. 2 FZA übertragbar ist. Im Ergebnis wäre daher auf der Grundlage des FZA ebenso zu entscheiden wie im Unionsrecht.

## D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 und 56 AEUV)

### I. Glücksspiele

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

In einigen Urteilen aus dem Berichtszeitraum standen erneut<sup>72</sup> Fragen der Vereinbarkeit von Regelungen über Glücksspiele mit der Dienstleistungs- und / oder der Niederlassungsfreiheit zur Debatte.

---

<sup>70</sup> BGE 136 II 241, E. 11.

<sup>71</sup> EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225. Daneben zitiert der EuGH im Wesentlichen noch das Urteil EuGH, Rs. C-391/97, *Gschwind*, Slg. 1999, I-5451, das zwar nach der Unterzeichnung des FZA ergangen ist, aber im Wesentlichen eine Anwendung der Grundsätze der *Schumacker*-Entscheidung auf einen anderen Sachverhalt darstellt.

<sup>72</sup> Der EuGH hatte sich bereits verschiedentlich mit dieser Thematik zu befassen. Vgl. zur Rechtsprechung im Jahr 2009 (mit Hinweisen auf die frühere Rechtsprechung) *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010, 2010, 77, 93 f.; zur Rechtsprechung im Jahr 2010 *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, 75, 99 ff.); zur Rechtsprechung im Jahr 2011 *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012, 51, 73 ff.

**a) Verb. Rs. C-72/10, C-77/10, *Costa***

In den verb. Rs. C-72/10, C-77/10<sup>73</sup> stellte der Gerichtshof fest, dass im Falle einer Neuvergabe von Konzessionen für die Durchführung von Glücksspielen (die wegen der Unionsrechtswidrigkeit der Beschränkung solcher Konzessionen notwendig geworden war<sup>74</sup>) keine Mindestabstände zwischen den Einrichtungen der neuen Konzessionäre und denjenigen der bereits bestehenden Konzessionäre verlangt werden dürften, um die Geschäftspositionen der bestehenden Betreiber zu schützen. Vielmehr müssten zwingende Gründe des Allgemeinwohls (wie das Abdecken des gesamten Hoheitsgebiets mit solchen Annahmestellen) vorliegen und den Anforderungen der Verhältnismässigkeit Genüge getan sein (wobei letzteres vom nationalen Gericht zu prüfen sei, wenn auch die Ausführungen des Gerichtshofs darauf hindeuten, dass er grosse Zweifel an der Unionsrechtskonformität derartiger Mindestabstände hegt).

Weiter äussert sich der Gerichtshof zur Zulässigkeit gewisser Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen. Diese seien als Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit anzusehen, so dass es entscheidend auf die Rechtfertigung ankomme. In deren Rahmen sei insbesondere eine genügende Transparenz und Rechtssicherheit sicherzustellen, damit die Vergabe der Konzessionen im Wettbewerb erfolgen kann. Der Entzug einer Konzession (zum Zweck der Kriminalitätsbekämpfung) könne als eine besonders schwerwiegende Massnahme nur dann als „angemessen“ betrachtet werden, wenn er auf einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer hinreichend schwerwiegenden Straftat beruhe. Dem fügt der Gerichtshof noch hinzu, dass ein Ausschluss (auch ein nur vorübergehender) vom Markt nur dann als angemessen angesehen werden könne, wenn ein wirksames gerichtliches Verfahren und, falls sich der Ausschluss später als ungerechtfertigt erweisen sollte, Ersatz für den entstandenen Schaden vorgesehen sind.

Diese Anforderungen dürften sich auf die Ausschlussentscheidung selbst (nicht die strafrechtliche Verurteilung, die ja bereits rechtskräftig sein muss) beziehen, allerdings sind die Formulierungen des Gerichtshofs diesbezüglich nicht ganz klar. Im Übrigen bezieht sich der Gerichtshof zwar auf die Erforderlichkeit der nationalen Massnahme; in der Sache jedoch geht es hier – wie auch der Bezug auf die besondere Schwere des mit einem Entzug der Konzession verbundenen Eingriffs in die Rechte der Wirtschaftsteilnehmer verdeutlicht – um Erwägungen der Angemessenheit. Im Ergebnis steht nach Ansicht des EuGH eine Regelung (wie die italienische Regelung des Ausgangsfalls), die bereits im Falle der blossen Einleitung eines Strafverfahrens den Entzug vorsieht, nicht mit Art. 49, 56 AEUV in Einklang.<sup>75</sup> Dies ändert allerdings nichts daran, dass im Falle einer noch nicht erfolgten strafrechtlichen

<sup>73</sup> EuGH, verb. Rs. C-72/10, C-77/10, *Costa*, Urt. v. 16.2.2012, EuZW 2012, 275.

<sup>74</sup> S. insoweit EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04, C-360/04, *Placanica*, Slg. 2007, I-1891. Zu diesem Urteil, mit dem das hier angezeigte Urteil im Zusammenhang steht, *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, 55, 72 f.

<sup>75</sup> Darüber hinaus hielt der Gerichtshof noch fest, ein Entzug einer Konzession könne nicht damit begründet werden, dass der Konzessionär ohne Konzession tätig war, diese Tätigkeit aber auf einem unionsrechtswidrigen Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers beruhe.



Verurteilung sonstige Massnahmen (etwa eine Überwachung des Wirtschaftsteilnehmers) zulässig sein können.

**b) Rs. C-176/11, *HIT***

In der Rs. C-176/11<sup>76</sup> stellte der Gerichtshof fest, eine nationale Regelung, die die Werbung für in einem anderen Mitgliedstaat angebotene Glücksspiele verbietet (was eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs darstelle, da der Marktzugang behindert werde), weil die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Spieler dort nicht im Wesentlichen gleichwertige Garantien bieten, stehe mit Art. 56 AEUV in Einklang. Einmal mehr bestätigte der Gerichtshof in diesem Urteil den weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Regelung von Glücksspielen.

**c) Rs. C-470/11, *SIA Garkalns***

Ebenfalls den Bereich der Glücksspiele betraf die Rs. C-470/11<sup>77</sup>. Nach einigen Ausführungen zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Dienstleistungs- von der Niederlassungsfreiheit stellte der Gerichtshof hier fest, das nationale Recht dürfe der zuständigen nationalen Behörde ein weites Ermessen in Bezug auf die Frage einräumen, ob sie die Eröffnung einer Spielbank, einer Spielhalle oder eines Bingo-Lokals erlaube, sofern es um den Versagungsgrund einer „erheblichen Beeinträchtigung der Interessen des Staates und der Einwohner des betroffenen Verwaltungsbezirks“ geht. Allerdings müsse die Regelung tatsächlich zum Ziel haben, die Spielgelegenheiten zu verringern und die Beschränkung der entsprechenden Aktivitäten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen oder die öffentliche Ordnung zu gewährleisten. Auch müsse das Ermessen auf eine transparente Weise ausgeübt werden, so dass im Nachhinein festgestellt werden kann, ob die Genehmigungsverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

Dieses Urteil bestätigt nicht nur den weiten Gestaltungsspielraum, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten bei der Regelung bzw. Beschränkung von Glücksspielen einräumt, sondern wendet ihn – und insofern über die bisherige Rechtsprechung hinausgehend – nicht nur auf gesetzliche Regelungen, sondern auch auf die Ausübung behördlichen Ermessens an. In letzter Konsequenz bedeutet der Ansatz des Gerichtshofs damit, dass die Voraussetzungen der Genehmigungserteilung bzw. -versagung letztlich recht vage formuliert werden können, wobei der Gerichtshof dem nationalen Gericht allerdings aufgibt, die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu prüfen. Da dieser letztlich entscheidende Schritt somit dem nationalen Gericht überantwortet wird und im Übrigen auch die Kriterien der Verhältnismässigkeit mitunter einen gewissen Spielraum eröffnen, ist die Gefahr einer uneinheitlichen Anwendung des Unionsrechts bzw. eines Unterlaufens der Vorgaben der Grundfreiheiten in diesem Wirtschaftssektor wohl nicht ganz von der Hand zu weisen.

<sup>76</sup> EuGH, Rs. C-176/11, *HIT*, Urt. v. 12.7.2012, EuZW 2012, 820.

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-470/11, *SIA Garkalns*, Urt. v. 19.7.2012, NVwZ 2012, 1162.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Sofern die Urteile des Gerichtshofs zu Glücksspielen die Dienstleistungsfreiheit betreffen, lassen sie sich als solche nicht auf das FZA übertragen, wenn man mit dem Bundesgericht<sup>78</sup> und dem EuGH<sup>79</sup> davon ausgeht, dass das Abkommen lediglich Aufenthaltsrechte im Zusammenhang mit der Erbringung oder dem Empfang von Dienstleistungen gewähre, nicht aber sonstige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit verbiete.<sup>80</sup>

Bei den Ausführungen zur Niederlassungsfreiheit ist jeweils zwischen natürlichen und juristischen Personen zu unterscheiden, denn das Abkommen gewährt die Niederlassungsfreiheit nur für natürliche Personen (Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA).<sup>81</sup>

Die praktischen Auswirkungen des FZA für den Glücksspielmarkt dürften daher im Vergleich zum EU-Recht nur sehr geringfügig sein. Die selbständig Erwerbstätigen geniessen berufliche und geographische Mobilität (Art. 14 Anhang I) und einen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 15 Anhang I FZA). Bei der Prüfung der Rechtfertigung sind dabei gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die von der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 52, 62 AEUV und zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls entwickelten Massstäbe heranzuziehen. Die hier behandelten Urteile greifen im Ergebnis bereits seit längerem in der Rechtsprechung anerkannte Grundsätze auf und wenden sie auf die sich stellenden konkreten Auslegungsfragen an, so dass sie letztlich in einer Linie mit der vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung stehen, so dass das Abkommen diesbezüglich – immer soweit sich natürliche Personen auf das Abkommen berufen – gleich auszulegen sein dürfte, obwohl es sich jeweils um neue Fallkonstellationen handelt und der EuGH seine Rechtsprechung zu den Glücksspielen in den Jahren nach Unterzeichnung des FZA durch eine Reihe von Urteilen präzisiert und weiterentwickelt hat.

## II. Marktzugang im Gesundheitssektor

### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH (Rs. C-84/11, *Susisalo*)

In der Rs. C.84/11<sup>82</sup> stand eine finnische Regelung zur Debatte, wonach für die Genehmigung des Betriebs von Filialen der Apotheke der Universität Helsinki

<sup>78</sup> BGE 133 V 624; BGE 134 V 330.

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-70/09, *Hengartner*, Urt. v. 15.7.2010. Siehe hierzu *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, 75, 120 ff.

<sup>80</sup> Ausführlich hierzu bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2006/2007, 101, 120 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2007/2008, 55, 82 f.; *Epiney/Mosters*, SJER 2011/2012, 51, 71 f.; *Astrid Epiney*, Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Arbeitnehmerentsendung, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 81, 87 ff.

<sup>81</sup> Vgl. hierzu EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Urt. v. 12.11.2009, Rn. 36, 37 und 39 (zu diesem Urteil siehe bereits *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010, 2010, 77, 104 f.); EuGH, Rs. C 541/08, *Fokus Invest*, Urt. v. 11.2.2010, Rn. 30-32. Zur Argumentation ausserdem *Epiney/Mosters*, SJER 2009/2010, 2010, 77, 98 f.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-84/11, *Susisalo*, Urt. v. 21.6.2012.

günstigere Vorschriften zum Zuge kommen als für private Apotheken. Ausgehend von seiner bisherigen Rechtsprechung – in der die Tätigkeit von Apotheken und Apothekern schon verschiedentlich zu behandeln war<sup>83</sup> – betont der Gerichtshof zunächst die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die Gesundheitsversorgung (und damit auch die Versorgung mit Apotheken) zu gewährleisten, wobei sie jedoch die vertraglichen Vorgaben einzuhalten hätten. Der Gesundheitsschutz stelle jedenfalls ein hohes Gut dar, dessen Schutzniveau mangels einer Unionsregelung durch die Mitgliedstaaten zu bestimmen sei, wobei diesen ein gewisser Wertungsspielraum einzuräumen sei. Nachdem der Gerichtshof die in Frage stehende Regelung als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit qualifizierte, bejahte er aber die grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit aus Gründen des Gesundheitsschutzes, zu dem auch eine sichere und qualitativ hochstehende Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehöre. Soweit die Filialen der Universitätsapotheke an der Erfüllung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausbildung von Pharmaziestudenten, der Forschung auf dem Gebiet der Arzneimittelversorgung sowie der Herstellung seltener pharmazeutischer Zubereitungen tatsächlich beteiligt sind, sei die Massnahme daher gerechtfertigt. Das Urteil illustriert einmal mehr den weiten Gestaltungsspielraum, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitsschutzes einräumt, wobei besonders bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof auf eine eigentliche Verhältnismässigkeitsprüfung weitgehend verzichtet.<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Vgl. z.B. EuGH, verb. Rs. C-570/07, C-571/01, *Blanco Perez*, Slg. 2010, I-4629. Zu diesem Urteil *Epiney/Mosters*, SJER 2010/2011, 75, 108.

<sup>84</sup> S. ansonsten aus dem Bereich der Niederlassungsfreiheit noch EuGH, Rs. C-244/11, *Kommission/Griechenland*, Urt. v. 8.11.2012 (Verstoß gegen Art. 49 AEUV durch eine nationale Regelung, wonach der Erwerb von Aktien bzw. des Stimmrechts von mehr als 20 % des Gesellschaftskapitals bestimmter „strategischer“ Unternehmen (wie solche der Energieversorgung) einer behördlichen Genehmigung bedarf, sowie bestimmte Beschlüsse dieser Gesellschaften einem Verfahren zur nachträglichen Kontrolle unterliegen); EuGH, Rs. C-562/10, *Kommission/Deutschland*, Urt. v. 12.7.2012 (Vereinbarkeit des Ausschlusses der Erstattungsfähigkeit bestimmter Pflegeleistungen im Ausland (häusliche Pflege und Miete von Pflegehilfsmitteln bei einem temporären Auslandsaufenthalt) durch die deutsche Regelung über die Pflegeversicherung mit Art. 56 AEUV, wobei bereits das Vorliegen einer Beschränkung verneint wurde bzw. die Kommission deren Vorliegen rechtlich nicht dargetan habe). Vgl. sodann noch EuGH, Rs. C-378/10, *Vale*, Urt. v. 12.7.2012, EuZW 2012, 621 (Verstoß gegen Art. 49, 54 AEUV durch eine nationale Regelung, wonach grenzüberschreitende Umwandlungen von Gesellschaften – im Gegensatz zur Umwandlung von inländischen Gesellschaften – generell nicht möglich sind und / oder nur bei grenzüberschreitenden Umwandlungen die Eintragung der „ursprünglichen“ Gesellschaft als „Rechtsvorgängerin“ verweigert wird). Zur Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit im Zusammenhang mit der Erbschaftssteuer EuGH, Rs. C-31/11, *Scheunemann*, Urt. v. 19.7.2012, EuZW 2012, 751.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da das FZA wie gezeigt die Niederlassungsfreiheit nur für natürliche, nicht für juristische Personen gewährt<sup>85</sup>, kommt eine entsprechende Anwendung im Rahmen des FZA nur für natürliche Personen in Betracht. Obwohl das Urteil eine in der Rechtsprechung so noch nicht behandelte Fallgestaltung betraf, liegen die Ausführungen des Gerichtshofs doch auf der Linie der bereits vor der Unterzeichnung des FZA ergangenen Judikatur des EuGH, so dass die Auslegung im Rahmen des Abkommens letztlich zu parallelen Ergebnissen führen dürfte. Der Fall weist beispielsweise gewisse Parallelen zur Frage der Zulässigkeit der Wiedereinführung des sog. „Zulassungsstopps“ für Ärzte in der Schweiz auf. Dabei geht es um eine Bedürfnisprüfung, von der die Eröffnung gewisser neuer Arztpraxen (die zu Lasten der Krankenkassen tätig sein können) abhängig gemacht werden soll.<sup>86</sup>

## E. Schlussbemerkung

Auch der Überblick über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit im Jahr 2012 und ihre (mögliche) Relevanz für die Schweiz im Rahmen der Auslegung des FZA vermag (einmal mehr) die kaum zu überschätzende Bedeutung dieser Rechtsprechung für die Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zu illustrieren, obwohl Art. 16 Abs. 2 FZA an sich nur eine Berücksichtigungspflicht der bis zur Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung formuliert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass – von Ausnahmen abgesehen – die weiterentwickelte Rechtsprechung des EuGH insoweit vollumfänglich für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevant ist, als dessen Anwendungsbereich eröffnet ist und es auf Begriffe bzw. Konzepte des Unionsrechts zurückgreift.

---

<sup>85</sup> EuGH, Rs. C-351/08, *Grimme*, Urt. v. 12.11.2009, Rn. 36, 37 und 39; EuGH, Rs. C 541/08, *Fokus Invest*, Urt. v. 11.2.2010, Rn. 30-32.

<sup>86</sup> Vgl. hierzu ausführlich und mit weiteren Nachweisen *Astrid Epiney*, Vorübergehende Wiedereinführung der bedarfsabhängigen Zulassung frei praktizierender Ärzte, in: Jusletter 22. April 2013.